

N° 372359
Ministre de la justice
c/ M. C...

6^{ème} et 1^{ère} sous-sections réunies
Séance du 21 janvier 2015
Lecture du 11 février 2015

CONCLUSIONS

Mme Suzanne von COESTER, rapporteur public

Le présent litige s'est noué autour du refus du Garde des sceaux d'accorder le bénéfice de la protection fonctionnelle à un magistrat de l'ordre judiciaire, M. C..., vice-président au tribunal de grande instance de Reims, cité à comparaître devant le tribunal correctionnel de Troyes en février 2011, pour des faits de faux en écriture publique.

La décision de refus de la protection fonctionnelle en date du 10 janvier 2011 a été annulée par le tribunal administratif de Paris, pour méconnaissance de l'article 11 de l'ordonnance du 22 décembre 1958, au motif que, contrairement à ce qu'avait estimé le Garde des sceaux, les faits reprochés à M. C... ne revêtaient pas le caractère d'une faute personnelle détachable du service.

Ce jugement du 3 mai 2012, qui concerne la situation individuelle du magistrat, a été rendu en premier et dernier ressort, ainsi que la cour administrative d'appel l'a à bon droit retenu pour vous transmettre le recours dirigé contre ce jugement. A l'appui de son pourvoi, le Garde des Sceaux conteste l'absence de faute personnelle détachable du service.

Mais avant d'en venir à l'examen des faits de l'espèce, il convient de s'interroger sur le champ d'application de l'article 11 de l'ordonnance du 22 décembre 1958. La sixième sous-section a informé les parties de ce que votre décision était susceptible d'être fondée sur le moyen d'ordre public tiré de ce que l'article 11 du statut de la magistrature ne couvre pas l'hypothèse d'une mise en cause d'un magistrat au pénal.

Cet article dispose que les magistrats sont protégés « *contre les menaces et attaques de quelque nature que ce soit dont ils peuvent être l'objet dans l'exercice ou à l'occasion de leurs fonctions.* » On ne trouve pas de dispositions équivalentes à celles qui figurent à l'article 11 de la loi du 13 juillet 1983, d'après lesquelles : « *La collectivité publique est tenue d'accorder sa protection au fonctionnaire ... dans le cas*

où il fait l'objet de poursuites pénales à l'occasion de faits qui n'ont pas le caractère d'une faute personnelle ». C'est écrit, depuis la loi du 16 décembre 1996 faisant suite à un rapport du Conseil d'Etat sur la pénalisation croissante de la vie publique, dans le statut des agents publics, mais pas dans celui des magistrats. Or, vous l'avez jugé, l'article 11 du statut de 1983 ne saurait s'appliquer aux magistrats, compte tenu de l'absence de renvoi à ses dispositions de celui du statut de la magistrature relatif à la protection fonctionnelle (cf. 28 mai 2003, *Mme L...*, n°245069, aux tables).

Faut-il interpréter l'article 11 du statut de la magistrature de façon à aligner les garanties qu'il prévoit sur celles du statut de 1983 ? Dans nos conclusions du 5 novembre dernier sur l'affaire opposant Mme G. au Garde des sceaux, à propos d'un refus de protection fonctionnelle pour une mise en cause par des justiciables devant le CSM, nous avons fait valoir qu'il n'était nullement évident d'assimiler une mise en cause par voie de droit à des menaces ou attaques au sens de l'article 11 du statut de 1958 : vous entendez par menaces et attaques des actes physiques ou des propos, des articles diffamatoires notamment, comme dans l'affaire *Mme L...* précitée (cf. aussi 31 mars 2010, *Ville de Paris*, n° 318710). Nous ne croyons pas possible de qualifier la procédure pénale, qui vise au jugement de quelqu'un, de menace ni d'attaque au sens de ces dispositions.

Nous sommes cependant convaincus du droit d'un magistrat pénalement poursuivi à réclamer le bénéfice de la protection fonctionnelle, comme vous l'avez jugé dans votre décision du 10 juillet 2006, *M. T...*, n°287358, inédite.

Dans le silence du statut issu de la loi organique s'imposent en effet les principes généraux du droit de la fonction publique : vous l'avez jugé en Section par une décision du 29 janvier 2003, *Mme F...*, n°251699, au recueil : saisis d'une demande d'avis sur le droit en Nouvelle-Calédonie, vous aviez expressément relevé que : « *Les principes généraux qui régissent le droit de la fonction publique étant applicables aux magistrats sauf dispositions particulières de leur statut, les règles et principes dégagés ci-dessus sont, dans le silence, sur ce point, de leur statut et en l'absence de tout principe de droit y faisant obstacle, directement applicables aux magistrats* ».

Or, le principe général dégagé en 1963 pour la prise en charge des condamnations civiles des agents publics, par la décision de Section du 26 avril 1963, *CHR de Besançon*, p.242, a été récemment interprété comme ouvrant un droit pour tout agent public à bénéficier de la protection fonctionnelle en cas de mise en cause par un tiers à raison de ses fonctions, notamment en cas de poursuite pénale, lorsque les faits qui lui sont reprochés n'ont pas le caractère d'une faute personnelle (Section *G...* du 8 juin 2011, n°312700, au recueil). Il s'agissait dans cette affaire d'accorder cette protection au président élu d'un établissement public administratif, non couvert par le statut de 1983.

Le fichage de cette décision opère d'ailleurs bien une distinction entre la protection fonctionnelle pour menaces, violences, voies de fait, diffamation ou outrages, qui ne peut être refusée que pour un motif d'intérêt général, et celle due en cas de poursuites pénales ou civiles, qui est conditionnée à l'absence de faute personnelle.

C'est donc à notre avis sur le fondement de ce principe et non sur celui de la loi organique qu'un magistrat peut bénéficier de la protection fonctionnelle en cas de poursuite pénale, en tant qu'agent public et dans le silence de la loi organique, aucun autre principe n'y faisant obstacle.

Bien que vous puissiez vous borner à annuler le jugement pour cette erreur de droit, nous vous invitons dans la présente affaire à examiner aussi la qualification des faits reprochés à M. C..., pour éviter la réitération d'une erreur qui nous semble ici caractérisée.

Le tribunal administratif a certes retenu le bon critère en recherchant si les faits reprochés au magistrat constituaient une faute personnelle : c'était le motif retenu par le Garde des sceaux pour lui opposer le refus de protection, motif pertinent au regard de votre décision de principe G.... Comme pour les autres fonctionnaires, la protection n'existe que si les faits commis dans le cadre du service ne présentent pas le caractère d'une faute personnelle.

Le but de la protection fonctionnelle est en effet de protéger les agents publics victimes de la pénalisation croissante de la vie publique ; pas ceux coupables d'une faute personnelle (cf. 28 décembre 2001, V..., n°213931, p.680). En revanche, si aucune faute personnelle ne leur est imputable, ils ont droit au bénéfice de la protection en cas de mise en cause pénale (28 juin 1999, M..., aux tables).

Comment apprécier le caractère de faute personnelle ?

Le tribunal a recherché si la faute commise par M. C... était détachable de l'exercice de ses fonctions.

Nous avons pour notre part été un peu troublés par la distinction faite dans les motifs de la décision G... entre les procédures civiles, pour lesquelles il y a droit à la protection fonctionnelle sauf « faute personnelle détachable du service », et les procédures pénales, pour lesquelles il n'est fait mention que d'une « faute personnelle ».

Faudrait-il faire fi du caractère détachable du service ? Pierre Collin, dans ses conclusions, disait considérer que la caractérisation d'une faute personnelle devait suffire pour exclure le bénéfice de la protection, « sans qu'il soit besoin, comme en matière civile, de rechercher si la faute est ou non détachable du service ».

A la réflexion cependant, il ne nous semble pas que cette distinction ait un sens pour caractériser la nature de la faute.

Dans ses conclusions sur la décision d'Assemblée du 12 avril 2002, *M. P...*, n° 238689, au recueil, Sophie Boissard écrivait que « *l'appréciation portée sur la nature de la faute commise par un agent tient uniquement au caractère détachable ou non de cette faute par rapport aux fonctions qui sont celles de l'agent* ». S'il s'agissait dans cette affaire d'une demande de prise en charge des condamnations civiles, ce qui supposait d'examiner le cumul des fautes personnelle et de service, c'est en amont, au stade de la définition même de la faute personnelle, que cette référence au caractère détachable de l'exercice des fonctions était retenue.

Peut être la rédaction de la décision *G...* renvoie-t-elle plutôt à l'absence de nécessité de rechercher, pour la protection fonctionnelle au pénal, si la faute personnelle s'accompagne d'une faute de service. Pour la prise en charge de la condamnation civile, le cumul des fautes compte, puisqu'il peut conduire à répartir la charge de la condamnation civile, bien souvent au bénéfice de la victime ; pour la protection fonctionnelle au pénal en revanche, l'existence ou non d'une faute de service concomitante est sans incidence : l'agent public doit répondre seul devant le juge pénal de sa faute personnelle. C'est-à-dire de la faute détachable de l'exercice de ses fonctions.

D'ailleurs, si le statut de 1983 fait référence aux « faits qui n'ont pas le caractère d'une faute personnelle » sans plus de précision, les dispositions du code général des collectivités territoriales issues de la loi du 10 juillet 2000 se réfèrent aux faits « qui n'ont pas le caractère de faute détachable de l'exercice de [leurs] fonctions », pour le bénéfice de la protection fonctionnelle due aux maires et présidents de conseil général et régional en cas de mise en cause pénale (articles L.2123-34, L.3123-28 et L.4135-28).

Il nous semble donc en fin de compte qu'il convient de se référer, pour apprécier le caractère de faute personnelle faisant obstacle au bénéfice de la protection fonctionnelle, aux mêmes critères qu'en matière de responsabilité : les faits commis par un agent public dans le cadre du service, dans l'exercice de ses fonctions et avec les moyens du service, en sont-ils détachables ?

Votre jurisprudence estime qu'il en est ainsi dans trois hypothèses, formalisées en 2002 par Sophie Boissard dans ses conclusions sur la décision précitée et reprises depuis de façon constante (cf. notamment les conclusions de Bertrand Dacosta sur la décision *M. H...* du 23 décembre 2009, n°308160, aux tables) :

1° les fautes qui révèlent des préoccupations d'ordre privé, par exemple une animosité particulière à l'encontre d'un administré ou la poursuite d'un intérêt personnel ;

2° les excès de comportement, tels les violences physiques ou verbales ;

3° et enfin les fautes d'une particulière gravité, de par leurs conséquences ou leur caractère inexcusable.

Ni la qualification pénale de la faute ni même son caractère intentionnel ne sont en soi déterminants pour qualifier une faute de personnelle – même s'ils peuvent bien sûr être significatifs.

Vous contrôlez en cassation la qualification juridique des faits ayant conduit les juges du fond à retenir l'existence d'une faute personnelle (cf. même décision *P...*).

En l'espèce, les faits sont les suivants :

Le tribunal correctionnel de Reims a été saisi par exploits d'huissier des 17, 18 et 28 décembre 2009 et 8 janvier 2010 de plaintes en diffamation contre le journal « L'Union », son directeur et une journaliste, suite à la parution d'articles dans l'édition papier du journal et sur son site internet.

On sait que, pour ces affaires, les délais de prescription sont particulièrement courts.

Lors de l'audience du 9 février 2010, présidée par M. C..., la formation de jugement a constaté que la citation du 28 décembre était irrégulière et a pris deux jugements sur le siège ordonnant chacun de consigner la somme de 5000 euros dans le délai d'un mois.

Le lendemain, l'avocat des parties civiles s'est étonné du nombre de jugements rendus la veille, faisant valoir qu'il en fallait quatre puisqu'il y avait eu quatre citations.

M. C..., pour rattraper cette erreur commise lors de l'audience, a alors fait modifier le texte de la note et du rapport de l'audience publique, pour rendre compte de manière fallacieuse de quatre jugements ordonnant, chacun, une consignation de 2500 euros à verser dans les deux mois. Il a assuré le greffier de l'accord des parties pour ce faire, ce qui n'était pas vrai. Il a omis d'en informer ses collègues concernés, notamment ses assesseurs et la magistrate ayant siégé à l'audience de renvoi du 27 avril 2010.

Dénoncés par les parties, ces faits ont conduit à l'ouverture d'une enquête pour faux en écriture publique et corruption, qui a conduit à la condamnation de M. C... à six mois avec sursis, rapportés en appel à une amende délictuelle de 10.000 euros, dans un arrêt du 5 mars 2014. La procédure disciplinaire a débouché en janvier 2011 sur une sanction de mise à la retraite d'office. Il a été radié des cadres par décret du 16 mars 2011.

Si l'on en revient à la typologie des fautes personnelles que nous avons rappelée, on constate qu'il n'y a pas de faits relevant du 2° (faits de violence et d'excès de comportement).

Le tribunal administratif a écarté la recherche d'un bénéfice personnel, mais au terme d'une motivation qui peut paraître un peu contradictoire : il a relevé que les faits avaient été commis « non dans l'intention de favoriser l'une ou l'autre des parties ou pour satisfaire un intérêt personnel, mais pour dissimuler l'erreur qui l'avait conduit lors de l'audience à ne pas appeler toutes les citations concernant une même affaire ». Or, on peut se demander dans l'intérêt de qui il a voulu dissimuler l'erreur qu'il avait faite si ce n'est dans son propre intérêt, d'autant qu'il l'a aussi dissimulée à ses collègues magistrats.

A supposer même qu'il ait entendu agir dans l'intérêt du service, c'est surtout au regard du 3°, sur la gravité des faits, que le jugement nous semble entaché d'une erreur de qualification juridique de la faute commise.

Sur ce point, le TA a relevé : « *que le ministre de la justice ne démontre ni même n'allègue que ces faits, qui traduisent un manque certain de rigueur et de conscience professionnelle, auraient eu pour les parties en cause des conséquences d'une gravité exceptionnelle dans la mesure où l'audience du 9 février 2010 avait pour unique objet, s'agissant d'une affaire de diffamation publique comprenant plusieurs citations directes, de fixer des consignations et non de trancher le fond du litige* ». Il en a déduit que la faute commise ne résultait pas d'un comportement moralement inexcusable ni n'avait engendré de graves conséquences.

Or, il s'agit de l'établissement délibéré d'un faux en écriture, c'est-à-dire une altération frauduleuse d'un écrit ayant pour effet d'établir la preuve d'un droit ou d'un fait ayant des conséquences juridiques. La peine prévue par le code pénal est de trois ans d'emprisonnement ; elle est portée à dix ans lorsqu'il s'agit d'une écriture publique, parce que les écritures publiques font foi ; et elle est portée à 15 ans lorsque le faux est commis par une personne dépositaire de l'autorité publique agissant dans l'exercice de ses fonctions (article 441-4 du code pénal, figurant sous le titre intitulé « Des atteintes à la confiance publique »).

Il ne s'agit pas ici de n'importe quelle écriture publique, mais d'un jugement. Et l'auteur de ce faux est un magistrat.

Le faux en écriture publique ne relève pas d'un manque de rigueur ou de conscience professionnelle. Il n'est tout simplement pas excusable pour un magistrat. Dans l'affaire *V...* de 2001, c'est bien au regard du caractère « inexcusable » au regard de la déontologie de la profession que vous avez qualifié la dissimulation par un médecin d'une erreur médicale précédemment commise de faute personnelle. De même ici, M. C... ne pouvait pas ne pas mesurer la gravité de sa faute, qui constitue un manquement délibéré et grave aux obligations qui lui incombent.

Il a d'ailleurs menti au greffier en l'assurant de l'accord des avocats pour modifier les documents d'audience. En impliquant le greffier, il a nous semble-t-il aggravé sa faute.

La position de responsabilité de l'auteur de la faute n'est en effet pas indifférente, pour apprécier sa gravité.

Si, par sa décision isolée mais remarquée du 19 octobre 1998, *Préfet du Tarn*, n°03131, aux tables p. 1165, le Tribunal des conflits a jugé que la modification frauduleuse d'un plan de zonage annexé au plan d'occupation des sols n'était pas constitutif d'une faute personnelle, cela s'explique certainement parce qu'il s'agissait d'une modification commise par un simple technicien de l'équipement, agissant sur ordre du maire sous la hiérarchie duquel il était placé. A l'inverse, dans l'affaire *H...*, vous avez jugé que les violations du code des marchés publics et facturations frauduleuses imputées à un militaire étaient suffisamment graves, « eu égard notamment aux responsabilités exercées par l'intéressé », pour caractériser une faute personnelle, détachable du service.

Pour ce qui est enfin des conséquences, elles sont loin d'être négligeables pour les parties concernées, puisque la manœuvre les empêche d'invoquer le vice de procédure entachant les jugements de consignation. La cour d'appel de Paris a relevé dans son arrêt que le faux « causait un préjudice aux prévenus, dans la procédure en diffamation, en les privant d'un moyen de défense tiré de la nullité de la procédure ». Par ailleurs, la consignation a pour effet d'interrompre les délais de prescription, très courts en matière de droit de la presse. Les accidents de procédure ont donc des effets particulièrement importants dans ce contentieux.

Ce critère de gravité, que nous estimons donc rempli, suffit : par votre décision du 5 avril 2013, *M. D...*, n°349115, vous avez jugé qu'eu égard à leur gravité, à leur caractère intentionnel et à la nature des fonctions exercées par M. D., maire de la commune, les agissements qui lui étaient reprochés (de fausses attestations de stages de formation donnant droit à des subventions) devaient être regardés comme constitutifs d'une faute personnelle, détachable de l'exercice des fonctions de maire – alors que le maire ne les avait pas commis dans son propre intérêt, mais dans celui de la commune.

Ici, l'erreur commise lors de l'audience est sans aucun doute à notre avis une faute de service.

En revanche, le faux en écriture commis après l'audience constitue à notre avis une faute personnelle, compte tenu de sa gravité et alors même qu'il tend à réparer l'erreur commise lors de l'audience.

Comme dans l'affaire *V...*, ce n'est pas l'erreur initiale mais le fait d'avoir voulu la dissimuler au prix de manquements inexcusables à la déontologie de la profession qui est constitutif d'une faute personnelle.

Nous vous invitons donc à censurer l'erreur de qualification juridique commise par le tribunal administratif.

PCMNC à l'annulation du jugement attaqué et au renvoi de l'affaire au tribunal administratif de Paris.